

31 oktober 2014

Eerste Kamer

13/03269

EV/TT

in naam des Konings

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van
Sociale Zaken en Werkgelegenheid),
zetelende te 's-Gravenhage,

EISER tot cassatie,

advocaat: mr. M.W. Scheltema,

t e g e n

FABRICOM NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Moerdijk,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaten: mr. J.A.M.A. Sluysmans en
mr. R.L. de Graaff.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en Fabricom.

1. Het geding

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het arrest in de zaak 11/00231, ECLI:NL:HR:2012:BV5552 van de Hoge Raad van 20 april 2012;
- b. het arrest in de zaak 200.110.163/01 van het gerechtshof Amsterdam van 2 april 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het tweede geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Fabricom heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus

strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van Fabricom heeft bij brief van 19 juni 2014 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Nederland heeft de beschikking gekregen over een budget voor het verstrekken van subsidies ter uitvoering van het programma doelstelling 3 van het Europees Sociaal Fonds (hierna: ESF). De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: SZW) heeft de Subsidieregeling ESF-3 vastgesteld. Deze regeling bood uitsluitend aan samenwerkingsverbanden van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak, waaronder de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor het Technisch Installatiebedrijf te Woerden (hierna: OTIB), de mogelijkheid om een aanvraag te doen. OTIB maakte voor het indienen van aanvragen gebruik van de diensten van het bureau SBK Advies en Training B.V. te Helmond (hierna: SBK).

(ii) Omdat het nationaal beschikbare budget voor ESF-3 dreigde te worden overschreden, heeft de staatssecretaris van SZW (hierna: de Staatssecretaris) op 27 oktober 2005 besloten het subsidieloket te sluiten door het

subsidieplafond op € 0,-- vast te stellen met ingang van vrijdag 28 oktober 2005 te 9.00 uur. Op 28 oktober 2005 te 8.40 uur heeft het Agentschap SZW, een onderdeel van het ministerie van SZW, hierover een bericht op zijn website geplaatst. Het heeft daarbij vermeld dat het loket ESF-3 met onmiddellijke ingang voor alle prioriteiten en maatregelen was gesloten, dat het daarom geen zin meer had aanvragen voor ESF-3 subsidie in te dienen en dat in de ontvangstbevestiging van binnengekomen aanvragen zal worden vermeld of de aanvraag vóór of na sluiting van het ESF-3 loket door het Agentschap als ontvangen was geregistreerd. Het besluit van 27 oktober 2005 is op 1 november 2005 in de Staatscourant bekendgemaakt.

(iii) Fabricom is via een organisatie van werkgevers in de installatiebranche bij OTIB aangesloten. Fabricom en haar dochtervennootschap GTI N.V. hebben op 27 oktober 2005 bij OTIB in digitale versie een concept-aanvraag op grond van de Subsidieregeling ESF-3 ingediend en de volgende ochtend te 8.35 uur de papieren versie op het kantoor van OTIB overhandigd, met het verzoek ervoor te zorgen dat de aanvraag nog diezelfde dag (28 oktober 2005) bij het Agentschap SZW zou worden aangeboden.

(iv) Het Agentschap SZW heeft op 3 november 2005 van SBK de op 2 november 2005 gedateerde aanvraag van OTIB ten behoeve van Fabricom ontvangen. De Staatssecretaris heeft deze aanvraag bij besluit van 14 november 2005 vanwege overschrijding van het subsidieplafond afgewezen.

(v) Tegen het besluit van 14 november 2005 heeft OTIB bezwaar gemaakt. Bij beslissing op bezwaar van 19 mei 2006 heeft de Staatssecretaris het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard vanwege overschrijding van de bezwaartermijn. De rechtbank Utrecht heeft bij uitspraak van 19 december 2006 deze termijnoverschrijding niet verschoonbaar geoordeeld. De subsidieaanvraag van OTIB ten behoeve van Fabricom is daarmee afgewezen; die uitspraak is onherroepelijk.

(vi) De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bij uitspraak van 3 januari 2007 geoordeeld dat het besluit van 27 oktober 2005 pas op 1 november 2005 door bekendmaking in werking is getreden. Aanvragen ingediend tussen 28 oktober 2005, 9.00 uur, en 1 november 2005 zijn toen alsnog in behandeling genomen indien de aanvrager tegen de afwijzing tijdig bezwaar had gemaakt.

3.2 Fabricom heeft, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat voor recht zal worden verklaard dat de Staat jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld en dat de Staat zal worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat. De rechtbank heeft de vordering toegewezen; het hof wees de vordering af. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd (HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5552) en de zaak verwezen ter verdere behandeling en beslissing. Het verwijzingshof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe overwoog het onder meer als volgt.

Tussen partijen staat vast dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door op 28 oktober 2005 via zijn website mee te delen dat het na 9.00 uur zinloos was een aanvraag voor een ESF-subsidie in te dienen, en door zowel telefonisch als per e-mail aan OTIB en SBK mee te delen dat het niet meer mogelijk en zelfs niet meer was toegestaan om na dit tijdstip nog een subsidieaanvraag in te dienen (rov. 3.1)

De onderhavige situatie wordt hierdoor gekenmerkt dat het volgens de geldende regels Fabricom niet toegestaan was zelf de subsidie aan te vragen, maar dat OTIB dit voor haar diende te doen. De subsidie zou echter

ten goede komen aan Fabricom en zij is derhalve als begunstigde en materiële aanvrager aan te merken. (rov. 3.3)

Met de gewraakte mededelingen heeft de Staat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm geschonden, namelijk de regel dat overheidsorganen zich in hun officiële aankondigingen van onjuiste mededelingen dienen te onthouden. Deze norm strekt ter bescherming van allen tot wie de mededelingen zijn gericht. Nu Fabricom als materiële aanvrager van de subsidie was aan te merken, moet worden aangenomen dat de mededelingen die op de website van het Agentschap SZW waren geplaatst, ook tot haar waren gericht en niet alleen tot formele aanvragers als OTIB. Fabricom kon zelf kennisnemen van deze mededelingen (die openbaar toegankelijk waren) en had rechtstreeks belang bij de inhoud van die mededelingen. De inhoud van de mededelingen konden ook rechtstreeks van invloed zijn op door haar te nemen beslissingen, zoals ook blijkt uit de onderhavige kwestie. Dit brengt mee dat de geschonden norm in de onderhavige situatie ook strekte tot bescherming van de belangen van Fabricom. Ook wat betreft de onjuiste telefonische mededelingen die aan OTIB/SBK zijn gedaan van de zijde van het Agentschap SZW,

heeft te gelden dat de geschonden norm mede strekte tot bescherming van begunstigen (materiële aanvragers) van de subsidie als Fabricom. Deze mededelingen waren weliswaar formeel gericht tot OTIB/SBK, maar hadden inhoudelijk betrekking op de positie van Fabricom. De mededelingen raakten immers rechtstreeks (en uitsluitend) de belangen van Fabricom en waren derhalve materieel (ook) tot haar gericht. De Staat diende bedacht te zijn op de betrokkenheid van de belangen van Fabricom bij de gewraakte mededelingen nu, zoals hiervoor is overwogen, uit zijn eigen regels volgde dat Fabricom, hoewel zij zelf begunstigde was, niet zelf de subsidie kon aanvragen maar daarvoor de tussenkomst van OTIB nodig had.

(rov. 3.4)

Uit de verschillende schriftelijke verklaringen alsmede de schriftelijke stukken die in het geding zijn gebracht, komt het volgende naar voren.

a. Op 24 oktober 2005 is er telefonisch contact geweest tussen Kiestra van Price Waterhouse Coopers (PWC), subsidieadviseur van Fabricom, en Dekkers-van den Berk (werkzaam bij OTIB); de woensdag daarop was er nogmaals contact en is besproken is dat er geruchten waren dat het ESF-subsidieloket die week dicht zou gaan en dat om die

reden PWC donderdag de aanvraag van Fabricom zou indienen bij OTIB.

b. Een digitale versie van de aanvraag van Fabricom is door PWC op 27 oktober 2005 om 20.23 uur naar OTIB verzonden.

c. In de begeleidende mail is door Dashorst en Kiestra van PWC het volgende geschreven:

"Hierbij ontvangt u de ESF aanvraag (...) Zoals door Geerlof Bins (GTI) afgesproken met mevrouw Muller worden vrijdagochtend 28-10-2005 de ondergetekende exemplaren bij OTIB afgeleverd. OTIB zal dan zorgdragen voor een snelle afhandeling (...)"

d. In een brief van Bins (directeur van Fabricom) van 27 oktober 2005 is het volgende vermeld:

"In aansluiting op hetgeen hedenmiddag telefonisch is besproken met mevrouw Sabine Muller en hetgeen ook afgestemd met SBK, mevrouw Helga Dekkers en de heer Thijs van Wette, gelieve bijgaand aan te treffen de fysieke versie van onze nieuwe ESF-3 aanvraag (...)

De elektronische versie van deze aanvraag is inmiddels ook naar U en SBK verzonden.

Met het oog op de materiële omvang van onze aanvraag (...) maar ook vanwege de mogelijke 'uitputting' van het voor ESF-beschikbare budget, verzoeken wij u vriendelijk, zoals telefonisch afgesproken met Muller, ervoor te willen zorgdragen dat onze aanvraag uiterlijk per morgen (28 oktober 2005) ook bij het Agentschap SZW wordt aangeboden.

Eventuele koerierskosten daartoe kunt u ons vanzelfsprekend in rekening brengen."

e. Op vrijdag 28 oktober 2005 is om 8.35 uur een papieren versie van de aanvraag van Fabricom afgegeven

bij OTIB en aldaar in ontvangst genomen door De Blaer.

f. De Blaer heeft diezelfde dag geruchten gehoord dat het ESF-loket zou worden gesloten en heeft daarover telefonisch contact opgenomen met Willems van Dijk van SBK.

g. Willems van Dijk is op 28 oktober 2005 in de ochtend tegen 9.00 uur gebeld door Van Gelder, consultant van het Agentschap SZW, die hem heeft meegedeeld dat het indienen van een aanvraag zinloos was omdat het subsidieplafond op nul werd gesteld en verdere aanvragen niet in behandeling zouden worden genomen.

h. In het telefoongesprek dat Willems van Dijk op 28 oktober 2005 met De Blaer heeft gevoerd, heeft hij De Blaer gezegd dat de aanvraag van Fabricom niet hoefde te worden doorgestuurd naar SBK omdat het loket gesloten was. Om die reden heeft De Blaer de aanvraag niet doorgestuurd naar SBK.

i. Eveneens op vrijdag 28 oktober 2005 is er telefonisch contact geweest tussen Van der Hammen (beleidsmedewerker OTIB) en Willems van Dijk, waarbij laatstgenoemde aan Van der Hammen heeft bevestigd dat het subsidieplafond op nul was gesteld en dat het geen zin meer had om een subsidieaanvraag in te dienen.

j. Hierna heeft Van der Hammen eveneens op vrijdag 28 oktober 2005 telefonisch contact opgenomen met Verburg (directeur OTIB). Van der Hammen heeft de voicemail van Verburg ingesproken en later heeft Verburg Van der Hammen teruggebeld. Van der Hammen heeft Verburg ingelicht over de sluiting. Verburg heeft als gevolg van deze mededeling besloten geen aanvragen meer in te dienen.

k. Op maandag 31 oktober 2005 heeft Dekkers-Van den Berk (werkzaam bij SBK) telefonisch contact gehad met Meurs van het Agentschap SZW. Hij heeft haar gezegd dat het geen zin meer had om een ESF-aanvraag in te dienen, omdat het loket gesloten was en aanvragen niet meer in behandeling zouden worden genomen.

l. Op maandag 31 oktober 2005 heeft Fabricom telefonisch verzocht aan Dekkers-van den Berk (medewerker OTIB) om de aanvraag alsnog in te dienen.

m. Vervolgens heeft Dekkers-van den Berk de aanvraag klaargemaakt en naar Verburg gemaïld ter ondertekening.

n. Na ontvangst van de originele opdrachtbevestiging van de accountant van Fabricom is op 2 of 3 november 2005 de aanvraag ingediend. (rov. 3.5)

Op grond van de verschillende verklaringen, alsmede de stukken die in het geding zijn gebracht, is in

voldoende mate komen vast te staan dat indien de gewraakte mededelingen van de Staat achterwege zouden zijn gebleven, de aanvraag tijdig, namelijk voor 1 november 2005 zou zijn ingediend. Met name uit het schrijven van Bins aan OTIB van 27 oktober 2005 en de mail van PCW aan OTIB van 27 oktober 2005 blijkt dat de wil van Fabricom er onmiskenbaar op gericht was dat de aanvraag zo spoedig mogelijk, op 28 oktober 2005, diende te worden ingediend door OTIB, dit met het oog op mogelijke uitputting van het subsidiebudget. Uit geen van de getuigenverklaringen is af te leiden dat van de zijde van OTIB aan Bins is aangegeven dat niet aan zijn verzoek kon of zou worden voldaan, terwijl, zo blijkt ook uit de verklaringen, alle betrokkenen bij OTIB en SBK wel op de hoogte waren van de (last minute) aanvraag van Fabricom en de wens van OTIB om deze op 28 oktober 2005 in te dienen.

Weliswaar staat vast dat de aanvraag op 31 oktober 2005 nog niet geheel compleet was, omdat de originele opdrachtbevestiging van de accountant van Fabricom nog ontbrak, maar de Staat heeft onvoldoende gemotiveerd weersproken dat ook een onvolledige aanvraag had kunnen worden ingediend, omdat een dergelijk gebrek later

hersteld kon worden. Voorts is in dit verband van belang dat - los van de gewraakte mededelingen zijdens de Staat - er al geruchten waren dat het subsidieloket voortijdig zou zijn uitgeput, zoals door Fabricom is gesteld en bevestiging vindt in de brief van Bins van 27 oktober 2005 en de verklaring van Dekkers-van den Berk. Dat die geruchten er waren, heeft de Staat ook niet gemotiveerd weersproken. Onder die omstandigheden is voldoende aannemelijk dat - gegeven de geruchten en los van de gewraakte mededelingen - OTIB ook een nader aan te vullen aanvraag had kunnen indienen. Daarmee is het causaal verband tussen de gewraakte mededelingen en de schade die Fabricom heeft geleden als gevolg van de afwijzing van de aanvraag, in voldoende mate komen vast te staan. (rov. 3.7)

Dit causaal verband is bovendien niet doorbroken door het feit dat Fabricom te laat beroep heeft ingesteld tegen het afwijzingsbesluit. De grondslag van de vordering van Fabricom is immers niet dat de subsidieaanvraag ten onrechte is afgewezen; ook Fabricom zelf houdt het afwijzingsbesluit voor juist, nu de aanvraag - als gevolg van de onrechtmatige mededelingen - te laat was ingediend. (rov. 3.8)

Voor zover de Staat stelt dat aannemelijk is dat ook indien de aanvraag tijdig (tussen 28 oktober 2005 te 9.00 uur en 1 november 2005) zou zijn ingediend - in het geval de Staat zijn onjuiste mededelingen achterwege had gelaten -, een afwijzend besluit zou zijn gevolgd, waartegen Fabricom dan ook te laat bezwaar had ingesteld, overweegt het hof dat dit argument pas na verwijzing door de Staat is aangevoerd en om die reden buiten beschouwing dient te blijven. Los hiervan geldt dat dit standpunt louter op hypothesen berust en er geen concrete aanwijzingen zijn dat in de bedoelde situatie niet tijdig bezwaar zou zijn ingesteld. (rov. 3.9)

3.3 De klachten van de onderdelen 1.1-1.5 richten zich tegen de rov. 3.3-3.4 en verwijten het hof, kort samengevat, te hebben miskend (1) dat de geschonden zorgvuldigheidsnorm niet strekt tot bescherming van de (vermogens)belangen van Fabricom, (2) dat Fabricom niet als materiële aanvrager van de subsidie kan worden aangemerkt en dat de mededelingen op de website van het Agentschap SZW dan ook niet tot haar waren gericht, (3) dat het feit dat Fabricom van die mededelingen kennis kon nemen, dit niet anders maakt, (4) dat de omstandigheid

dat Fabricom een rechtstreeks belang had bij de inhoud van de mededelingen en dat die van invloed konden zijn op de door haar te nemen beslissingen niet meebrengt dat sprake was van tot Fabricom gerichte mededelingen en (5) dat de omstandigheid dat de Staat ervan op de hoogte kon zijn dat de subsidies uiteindelijk ten goede kwamen aan anderen dan de aanvragers, niet tot gevolg heeft dat de Staat de door het hof geformuleerde zorgvuldigheidsnorm ook jegens Fabricom heeft geschonden. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.4 Met zijn oordelen in de rov. 3.3 en 3.4 over, kort gezegd, de positie van Fabricom, waarbij het hof Fabricom als de "materiële aanvrager" of "begunstigde" heeft aangeduid, heeft het hof kennelijk tot uitdrukking gebracht dat, hoewel op grond van de toepasselijke regelgeving (de Subsidieregeling ESF-3), Fabricom niet zelf gerechtigd was om een aanvraag tot de desbetreffende subsidie te doen, niettemin primair haar belang betrokken was bij (een beslissing op) die aanvraag. Dat oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk. Dat wordt niet anders doordat het begrip "materiële aanvrager" niet voorkomt in art. 1 (Definities) Subsidieregeling ESF-3 en deze

bepaling onder "begunstigde" verstaat "degene aan wie krachtens deze regeling projectsubsidie is verleend" (waarmee kennelijk de 'succesvolle' aanvrager wordt aangeduid).

3.5 Met zijn hierop voortbouwende oordeel dat de mededelingen van het Agentschap SZW op zijn website mede waren gericht tot Fabricom als de partij wier belangen bij de subsidie primair betrokken waren, heeft het hof kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat de Staat door het doen van die mededelingen jegens (ook) Fabricom een zorgvuldigheidsnorm heeft kunnen schenden. Dit oordeel vindt voldoende steun in hetgeen het hof vervolgens overweegt, te weten dat de Staat de mededelingen op een openbaar toegankelijke website had geplaatst en dat de Staat in verband met een door hemzelf teweeggebracht onderscheid erop bedacht diende te zijn dat achter de formele aanvrager partijen zoals Fabricom stonden. Aldus opgevat, geeft het oordeel van het hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin is dat oordeel ontoereikend gemotiveerd. Anders dan de klachten betogen, kan aan dit een en ander niet afdoen dat de desbetreffende mededelingen werden gedaan ter

voldoening aan de voorschriften van art. 4:27 en 4:42 Awb, ook niet indien die voorschriften uitsluitend betrekking hebben op de belangen van degenen die de aanvraag mochten indienen (vgl. de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4-2.8). Dit verhindert immers niet dat met die mededelingen ook een zorgvuldigheidsnorm, in de zin van art. 6:162 BW, jegens anderen kan zijn geschonden.

3.6 Op het voorgaande stuiten alle klachten van de onderdelen 1.1-1.5 af.

3.7 Onderdeel 2 bestrijdt met diverse klachten de oordelen van het hof in rov. 3.5-3.9. De klachten falen. In rov. 3.5-3.8 heeft het hof onderzocht of, zoals Fabricom stelt, de aanvraag tijdig zou zijn ingediend indien de gewraakte mededelingen achterwege zouden zijn gebleven. Op grond van de hiervoor in 3.2 onder a.-j. weergegeven omstandigheden heeft het hof geoordeeld dat dit in voldoende mate is komen vast te staan. In het bijzonder gelet op de tussen de betrokkenen in de week van 24 oktober 2005 besproken geruchten dat het ESF-subsidieloket die week dicht zou gaan en het met die

geruchten verband houdende verzoek van Fabricom om de aanvraag op 28 oktober 2005 in te dienen, is dat oordeel niet onbegrijpelijk. In dat oordeel ligt besloten dat voldoende aannemelijk is dat OTIB - de gewraakte mededelingen weggedacht - zo nodig een nader aan te vullen aanvraag zou hebben ingediend. Met zijn oordeel weergegeven in rov. 3.9 (slot) heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat de Staat de stelling van Fabricom, dat tegen de afwijzing van een tijdig ingediende aanvraag tijdig bezwaar zou zijn gemaakt, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Ook dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Het enkele feit dat niet tijdig bezwaar is gemaakt tegen de afwijzing van een aanvraag waarvan de betrokkenen dachten dat deze te laat was ingediend, brengt immers niet mee dat ervan moet worden uitgegaan dat bij wetenschap dat de aanvraag tijdig was ingediend, ook te laat bezwaar zou zijn gemaakt tegen de afwijzing ervan.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Fabricom begroot op € 818,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. de Groot en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 31 oktober 2014.



Uitgegeven voor grosse

De Griffier van de Hoge Raad der Nederlanden

31 OKT. 2014

